

# Recurso de Protección: “Norgener S.A. contra Presidente de la República y Ministro de Minería”

*Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 08 de julio de 1999 confirmada por la sentencia de la Corte Suprema de 4 de agosto de 1999.*

## Doctrina

- La energía eléctrica es un bien fungible y no almacenable.
- La actividad económica de generación eléctrica es de servicio público. Como tal, está regulada no por el derecho civil, sino por el derecho público.
- Las personas que ejercen una actividad económica tienen derecho a emprender la actividad, a organizar sus procesos productivos o económicos y a la libre contratación; pero deben someterse a las leyes que la regulan. Por lo mismo, toda actividad económica de generación de energía convoca la actuación del poder público para su regulación. Dicha regulación engloba al reglamento.
- Las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares.
- La propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico.
- La relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes.

## Normas invocadas

- Artículos 19 N° 2, 21 y 24 de la Constitución Política de la República.
- Artículos 79, 83, 86, 89, D.F.L. N° N° 1, de Minería, de 1982 (Ley General de Servicios Eléctricos).
- Artículos 221, 224 y 227 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos (Decreto Supremo N° 327, de 1998, de Minería, Diario Oficial 10.09.1998).

## I. La Corte de Apelaciones

*Santiago, ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve*

### Vistos y teniendo presente:

**Primero.** Que la empresa de generación, transmisión y venta de energía eléctrica Norgener S.A., domiciliada en Miraflores 222, piso 4º, ha deducido recurso de protección con ocasión de los actos ilegales y arbitrarios cometidos por el señor Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con domicilio en el Palacio de la Moneda y por el señor Ministro de Minería don Sergio Jiménez Moraga, con domicilio en Teatinos 120, piso 9º, en la dictación de los artículos 221 inciso 2º y 224 inciso 2º del Decreto N° 327-98, que fija el Reglamento de la Ley General de Servicio Eléctricos, publicado el 10 de septiembre de 1998. Tales disposiciones –se expresan– privan, perturban y amenazan gravemente el legítimo ejercicio de las garantías contenidas en el artículo 19 N°s 24, 22 y 21 de la Constitución Política.

La empresa recurrente sostiene haber establecido instalaciones de generación en el norte grande y –en ejercicio de su libertad contractual– haber celebrado contratos de suministro de largo plazo (10, 15 o más años de duración), con clientes libres, no regulados; en tales contratos se dispuso la venta de energía eléctrica conforme a las normas vigentes, al momento de su celebración, estableciéndose los términos y condiciones a los que se sujetarían dichos contratos, los que se han venido cumpliendo regularmente en el tiempo.

La libertad de contratación ha significado que exista una fuerte competencia entre las empresas generadoras para captarlos, realizando grandes inversiones como por ejemplo las plantas generadoras por ellas construidas para abastecer a la “Minera Escondida”.

Las partes contratantes han fijado el precio en forma libre, y han convenido ciertas condiciones de calidad de suministro –que son parte del contenido de las obligaciones del suministrador– las que han sido pactadas en consideración a las contraprestaciones a las que se han obligado los clientes para la remuneración del servicio contratado.

Las normas de calidad del D.F.L. N° 1 (Ley Eléctrica) hasta antes de la dictación del Reglamento (Decreto 327-98) no estaban sujetas a ninguna regulación que le impusieran niveles de calidad del suministro; esas normas sólo obligaban a los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad (artículo 79 del D.F.L. N° 1).

Es más, las disposiciones del D.F.L. que se refieren a la “calidad de servicio” sólo son aplicables a las empresas concesionarias de servicios públicos (artículos 83, 86 y 89 del D.F.L.).

El reglamento impugnado ha innovado en relación con lo dispuesto en el D.F.L. y ha incorporado –en el título VI– normas de calidad de servicio que deberán necesariamente cumplir las distribuciones y normas de calidad de suministro que serán de responsabilidad de las empresas generadoras y transmisoras. Ello se deduce del artículo 227, que en su inciso 2º dispone “todo aquel que proporcione suministro eléctrico, tanto en generación, transporte o generación, sea concesionario o no, será responsable del cumplimiento de los estándares de calidad de suministro que establecen este reglamento y las normas técnicas pertinentes”. Ello significa que el Reglamento ha establecido ciertas calidades o “estándares” mínimos que deberá cumplir el producto electricidad que en adelante entregue Norgener a los clientes con quienes ha convenido servicios de suministro.

Es decir, el Reglamento está requiriendo lo que

la ley no exigió. El artículo 224 impone responsabilidades por el cumplimiento de la calidad de suministro a cada propietario de instalaciones utilizadas para la generación y transporte de electricidad siempre que operen en sincronismo, esto es, que se encuentren interconectados, como es el caso de las centrales generadoras de propiedad de Norgener. Además, la citada norma hace responsable a tales empresas frente a sus clientes o usuarios de la calidad de suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla se deba a caso fortuito.

Lo anterior no sólo es ilegal en cuanto impone a Norgener S.A. requisitos para el desarrollo de su actividad no contenidos en la ley que el reglamento en cuestión ha venido a ejecutar, sino porque además afecta contratos en curso con consecuencias patrimoniales para Norgener.

En efecto, el cumplimiento por parte de Norgener S.A. de las normas de calidad de suministro que ahora le impone el Reglamento Eléctrico, implicará para ella un importante costo económico. La observancia de las normas impuestas la obligará a realizar nuevas inversiones y contrataciones que le permitan operar las instalaciones de generación y transmisión dentro de los nuevos parámetros fijados por el Reglamento. 100% de los clientes de Norgener son clientes libres o no regulados. Con todos estos clientes su representada tiene celebrados contratos vigentes, a este contrato se incorporaron las normas vigentes al tiempo de su celebración, las que no establecían ninguna de las obligaciones que hoy pretende imponer el reglamento eléctrico.

Al imponer el Reglamento normas de calidad de suministro que necesariamente deben cumplirse con prescindencia de plazos, derechos y obligaciones pactadas en un contrato, está obligando a Norgener a vender un producto de calidad dis-

tinta a la consentida libremente por la recurrente y sus clientes, que son clientes libres o no regulados.

Es por ello que el Reglamento impugnado afecta gravemente no sólo el derecho de propiedad de Norgener sino que, también, su libertad para ejercer actividades económicas; asimismo, existe una abierta discriminación económica ya que no se han considerado normas que permitan a la empresa resarcirse de los mayores costos a que es obligada en virtud de una reglamentación sobreviniente acerca de calidad de suministro. Es decir, sólo estarán en posición de recuperar el mayor costo los generadores que abastezcan de electricidad a los clientes regulados que son aquellos para los cuales se fija un precio "de nudo" como dice el artículo 225 del Reglamento.

En cambio, Norgener, que sólo tiene clientes libres, deberá absorber el costo sin que el Reglamento le reconozca la posibilidad de recuperar económicamente su inversión.

### **En conclusión se afectan:**

1º su derecho de propiedad pues al imponer una norma de calidad altera contratos válidamente celebrados, y si no puede readecuar el precio también, se vulnera o priva del mismo derecho de propiedad (art. 19 N° 24);

2º el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pues se alteran los contratos que Norgener ha celebrado (artículo 19 N° 21).

3º el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, pues el Reglamento sólo permite a algunos generadores resarcirse de los mayores costos, y Norgener debe absorber dichos costos sin posibilidad económica de recuperar su inversión (artículo 19 N° 2).

Solicita disponer que los recurridos han cometido actos ilegales y/o arbitrarios en la dictación de los artículos 222 inciso 2º, 224 inciso 2º y demás disposiciones del Decreto 327/98 del Ministerio de Minería que sujetan a Norgener a estándares de calidad de suministro sobrevinientes; que tales disposiciones son ilegales, debiendo dejárseles sin efecto, o bien disponiendo las medidas que la Corte de Apelaciones estime convenientes.

**Segundo.** Que el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Minería, en su informe de fojas 77 y siguientes, expresan que en la especie no se dan los presupuestos de hecho expuestos por Norgener S.A. En efecto, esta es una empresa generadora de energía y, en tal sentido, ejerce una actividad regulada por ley –D.F.L. N° 1 de 1982– y por los reglamentos de esa ley.

Se regula, pues, una actividad económica y de servicio público, ya que están en juego normas de calidad de servicios y de estándares de calidad de suministro para todas las empresas de distribución o generación que suministren energía eléctrica.

En el conflicto planteado el derecho material a aplicar no es el Derecho Civil que liga a empresas y clientes, sino el Derecho Público que regula una actividad económica de generación, transporte y distribución de energía eléctrica.

La Constitución –artículo 60– señala las materias reservadas a la ley; y las demás materias –que no sean propias del Presidente de la República –artículo 32 N° 8–. Tal potestad reglamentaria se expresa en actos de Derecho Público, formales y típicos, decretos, reglamentos e instrucciones.

El reglamento impugnado por los recurrentes es un reglamento jurídico de ejecución de la Ley General de Servicios Eléctricos que fue objeto de control de legalidad vía toma de razón de la

Contraloría General de la República y, por tanto, es un acto normativo que goza de una sólida presunción de legitimidad.

Norgener S.A. sostiene haber celebrado contratos, en ejercicio de su libertad contractual, con clientes libres, contrato de suministro de largo plazo, que constituyen una “ley” para las partes, al tenor del artículo 1.545 del Código Civil. De esta manera no puede, a juicio de la recurrente, un acto de autoridad como es el Reglamento imponer normas de calidad, ya que éstas serían obligatorias sólo para empresas concesionarias de servicio público de distribución de electricidad (art. 211). Para Norgener S.A. el reglamento no puede imponer requisitos para el desarrollo de una actividad empresarial, requisitos que importarían cuantiosas inversiones. Sin embargo la empresa recurrente olvida que la actividad económica de generación es regulada por ley, concepto lato que engloba al reglamento, y también en servicio público material de generación, transporte y distribución de electricidad; por lo que no estamos en presencia de dirigismo contractual, sino en la fijación de reglas uniformes de calidad de servicio y estándares de calidad del suministro para empresas concesionarias de distribución y de generación, que mantienen contratos de suministro de energía y potencia.

La actividad eléctrica, sea generación, transporte o distribución, está sujeta a la fiscalización y supervigilancia en el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, luego la actividad de Norgener –contrariamente a lo que sostiene la recurrente– sí está regulada por la ley.

En cuanto en el recurso se dice que el Reglamento impugnado le impone a Norgener condiciones que no existían antes, lo que afectaría sus garantías constitucionales, los informantes acla-

ran que siempre se han impuesto normas de calidad, y ello por la forma en que opera el servicio eléctrico, en que todos los participantes del proceso productivo deben concurrir en igualdad de condiciones. Una empresa generadora no puede alegar que la calidad del suministro que establece el Reglamento le afecta contratos que tiene con sus clientes libres, puesto que no necesariamente la energía que ella produce es la que va a llegar a sus clientes, debido a la interconexión con que opera el sistema eléctrico. Todas las empresas, tanto de generación, como de transporte y de distribución, dan suministro según el artículo 91 de la ley, y por ende, la calidad de servicio es aplicable a todas las empresas, independientemente de si tienen o no la calidad de generador, transportista o distribuidora.

De manera que no ha existido arbitrariedad ni ilegalidad por parte de los recurridos.

El Presidente de la República aclaró el sentido de las normas legales en lo que se refiere a la calidad del suministro, cuestión que la ley exigía, también, al hacer obligatoria la interconexión, y atendida la naturaleza jurídica de la energía, la que siendo fungible y no almacenable, va a implicar que sólo van a inyectar al sistema eléctrico aquellas generadoras que tienen la autorización del Centro de Despacho Económico de Carga. Por ende, mal puede ser calificada de arbitraria una disposición que establece una clarificación del sistema a fin de contribuir al bien común.

No puede ser calificada de ilegal la dictación de los artículos 221 inciso 2º y 224 del Reglamento pues se apoyan en la misma ley eléctrica y en la Constitución que permite al Presidente de la República ejercer su potestad reglamentaria.

Consecuentemente no se ha privado, perturbado o amenazado ninguna de las garantías que se dicen infringidas.

**Tercero.** Que en su recurso, como ya se ha expuesto, la sociedad anónima Norgener, que se individualiza como empresa del giro de generación, transmisión y venta de energía eléctrica, ha impugnado normas específicas: los incisos segundos de los artículos 221 y 224 del Decreto N° 327/98 del Ministerio de Minería que fija el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Se sostiene que ambas disposiciones privan, perturban y amenazan gravemente el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales de los números 24, 22 y 21 del artículo 19 de la Constitución, ya que se trata "de un acto administrativo dictado en contravención de la ley ..... que contraría el texto del D.F.L. 1 de 1982, que contiene la Ley General de Servicios Eléctricos..."

Las normas reglamentarias objeto del recurso disponen a la letra:

**Artículo 222, inciso segundo:**

"La calidad de servicio incluye, entre otros, los siguientes parámetros:

- a) Las normas y condiciones que establezcan los decretos de concesión;
- b) La seguridad de las instalaciones y de su operación, y el mantenimiento de las mismas;
- c) La satisfacción oportuna de las solicitudes de servicio, en los términos y condiciones establecidos en este reglamento;
- d) La correcta medición y facturación de los servicios prestados, y el oportuno envío a los usuarios y clientes;
- e) El cumplimiento de los plazos de reposición de suministro;
- f) La oportuna atención y corrección de situaciones de emergencia, interrupciones de suministro, accidentes y otros imprevistos;

- g) La utilización de adecuados sistemas de atención e información a los usuarios y clientes;
- h) La continuidad del servicio, e
- i) Los estándares de calidad del suministro.

**Artículo 224, inciso segundo:**

“La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad del suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”.

La recurrente sostiene que la Ley Eléctrica no imponía niveles de calidad en el suministro y que el Reglamento al establecer estándares de la calidad de suministro, ha afectado arbitraria e ilegalmente contratos en curso, válidamente celebrados, alterando su objeto, sin que medie la voluntad de las partes; es decir, el reglamento exige lo que no exigía la ley, ilegalmente impone requisitos a Norgener para el desarrollo de su actividad y afecta contratos en curso con consecuencias patrimoniales ya que la obligará a realizar nuevas inversiones, v. gr. construcción de nuevas torres de alta tensión, ampliar subestaciones, duplicar instalaciones, etc. Ello significa que se le obliga a vender un producto de calidad distinta a la consentida libremente por Norgener y sus clientes. Se afectan, entonces, su derecho de propiedad y la libertad para desarrollar su actividad económica.

Tales normas son arbitrarias e ilegales pues no se consideran disposiciones que permitan a Norgener resarcirse de los mayores costos a que es obligada, con lo que Norgener es discriminada en forma arbitraria.

**Cuarto.** Que es preciso dejar asentado –como

premisa– que la generación, transporte y distribución de energía eléctrica es una actividad económica cuya característica es ser servicio público y como tal existen en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil.

Seguidamente cabe destacar que acorde con nuestro ordenamiento constitucional corresponde al Presidente de la República crear normas jurídicas a través de la potestad reglamentaria, que se ejerce discrecionalmente, es decir, cuando se crea conveniente. Estas normas son generales, obligatorias y permanentes, pues no se agotan en un solo momento.

Conforme a lo expuesto el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público.

**Quinto.** Que la sociedad anónima Norgener impugna los artículos 222 inciso 2º y 224 inciso 2º del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos y sostiene que la autoridad no pueda imponerle requisitos para el desarrollo de su actividad como tal empresa, fijando normas de calidad, pues de este modo se atenta contra la libertad contractual, desde que ha celebrado contratos de suministro de largo plazo, que –conforme al artículo 1545 del Código Civil– constituyen una ley para las partes.

Frente a esta aseveración cabe, entonces, tener en cuenta, como ya se ha dejado expuesto, que toda la actividad económica de generación de energía, convoca la actuación del poder público para su regulación. Y es por ello que el artículo 222 determina cuales son los parámetros que incluye la calidad de servicio y los cuestionados artículos 221 y 224 establecen la responsabilidad por el cumplimiento de dicha calidad de suministro.

**Sexto.** Que, la actividad eléctrica está sujeta a la fiscalización y supervigilancia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

**Séptimo.** Que la recurrente sostiene que el Reglamento establece para las centrales generadoras una calidad de suministro que antes de su dictación sólo se exigía a las distribuidoras y con ello se ha establecido una causa sobreviniente que afecta sus contratos. Como la norma reglamentaria le obliga a vender sus productos en condiciones distintas a las pactadas, se le viola el derecho de propiedad sobre los derechos personales que emanan del contrato.

Tal conclusión es inadmisibile desde que las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y la propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico.

La relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes.

**Octavo.** Que, asimismo, Norgener sostiene que la exigencia de la calidad de suministro importa una discriminación impuesta por el artículo 224 del Reglamento ya que mayores inversiones y costos sólo podrían ser recuperados por empresas que tengan contratos con clientes regulados, lo que no es exacto pues esta empresa mantiene contratos con clientes libres, de largo plazo en que una modificación de estructura de costos, importa una modificación del precio.

Debe tenerse presente que el principio de igualdad en materia económica que consagra el N° 222 del artículo 19 de la Constitución significa que las personas que ejerzan una actividad económica tienen derecho a emprender la actividad, a organizar sus procesos productivos o económi-

cos y a la libre contratación, pero deben someterse a las leyes que regulan su actividad económica. Nunca podría interpretarse que "regular" es impedir el libre ejercicio del derecho.

**Noveno.** Que, en consecuencia, en la dictación de los preceptos contenidos en los artículos 221, 222, 224 y demás disposiciones del Decreto N° 327/98 del Ministerio de Minería que sujetan a Norgener a estándares de calidad de suministro no ha existido arbitrariedad ni ilegalidad y por ende no puede válidamente sostenerse que los recurridos hayan privado, perturbado o amenazado ninguna de las garantías que se dicen infringidas.

Acorde con estos fundamentos, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo de los recursos de protección, se declara: sin lugar el deducido en lo principal de fojas 1 en contra del señor Presidente de la República y el señor Ministro de Minería.

*Regístrese y archívese.*

*Redactó la Ministra señora Araneda Briones.*

*N° 3857-98.*

*Dictada por los Ministros doña Raquel Camposano Echegaray, doña Sonia Araneda Briones y abogado integrante don Raúl Allendes Ossa.*

## II La Corte Suprema, 3ª sala

*Santiago, cuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve.*

Al escrito de fojas 185, no ha lugar.

### Vistos:

Se confirma la sentencia de ocho de julio último, escrita a fojas 161.

Regístrese y devuélvase.

N° 2.472-99.

# Fallo Norgener<sup>1</sup>

**Carlos Carmona Barrientos**

*Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.*

## I. Antecedentes

La sentencia que se comenta se enmarca en siete recursos de protección interpuestos contra el reglamento eléctrico (decreto supremo N° 327, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre de 1998). Todos estos recursos fueron rechazados tanto por la Corte de Apelaciones como por la Corte Suprema íntegramente.

El asunto controvertido en el presente caso consistió en lo siguiente. El reglamento eléctrico estableció dos artículos (el 222<sup>2</sup> y el 224<sup>3</sup>) en materia de calidad de servicio. Ambas normas fueron impugnadas por la recurrente.

La empresa “Norgener” alegó que el Reglamento establece para las centrales generadoras una calidad de suministro, que antes de la dictación de la norma, sólo se exigía a las distribuidoras.

Con ello, señaló la empresa, se ha establecido una causa sobreviniente que afecta sus contratos. La empresa alegó que el cien por ciento de sus clientes son clientes libres o no regulados. Con ellos tiene celebrados contratos en los que se establece una cierta calidad de suministro, a cambio de un precio que refleja dicha calidad. Como la norma reglamentaria le obliga a vender un producto, en condiciones distintas a las pactadas, se le viola el derecho a propiedad que tiene sobre los derechos personales que emanan del contrato. El precio determinado de acuerdo a una cierta calidad, no es posible modificar unilateralmente.

1 El autor es profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 El artículo 222, inciso segundo, establece:

“La calidad de servicio incluye, entre otros, los siguientes parámetros:

- i. Las normas y condiciones que establezcan los decretos de concesión;
- ii. La seguridad de las instalaciones y de su operación, y el mantenimiento de las mismas;
- iii. La satisfacción oportuna de las solicitudes de servicio, en los términos y condiciones establecidos en este reglamento;
- iv. La correcta medición y facturación de los servicios prestados, y el oportuno envío a los usuarios y clientes;
- v. El cumplimiento de los plazos de reposición de suministro;
- vi. La oportuna atención y corrección de situaciones de emergencia, interrupciones de suministro, accidentes y otros imprevistos;
- vii. La utilización de adecuados sistemas de atención e información a los usuarios y clientes;
- viii. La continuidad del servicio, y
- ix. Los estándares de calidad del suministro.”

3 El artículo 224, inciso segundo, establece:

“La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen en sincronismo con un sistema eléctrico. Todo proveedor es responsable frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”.



En definitiva, la empresa alegó que los estándares de calidad y suministro establecidos por el Reglamento afectaban sus contratos válidamente celebrados con sus clientes. Ello –concluyó– afecta su derecho de propiedad y el derecho a desarrollar una actividad económica.<sup>4</sup>

La Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 8 de julio de 1999, rechazó el recurso. Dicho fallo fue confirmado por la Corte Suprema, el 4 de agosto del mismo año.

## II. Derechos adquiridos y aplicación del reglamento en el tiempo

Un primer aspecto que es necesario resaltar del fallo, dice relación con si existían o no derechos adquiridos en la especie.

Las Cortes se inclinaron por sostener que no había derechos adquiridos en la especie. Para ello dieron dos argumentos que interesa resaltar en esta parte del comentario.

Por una parte, las Cortes sostienen que las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y la propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico (C. 7º).

Por la otra, la relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes (C. 7º).

Dicha decisión de las Cortes merece el siguiente comentario.

### 1. La tesis tradicional sobre el efecto retroactivo.

El Artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes dispone lo siguiente: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

<sup>4</sup> La regulación de la calidad de servicio que establece el Reglamento Eléctrico puede resumirse de la siguiente manera. En primer lugar, distingue entre calidad de suministro y calidad de servicio. Esto último es sólo aplicable a las distribuidoras; comprende la calidad de suministro. La obligatoriedad de esta calidad recae en todo aquel que proporcione suministro eléctrico, tanto en generación, como en transporte o distribución, sea o no concesionario (artículo 221).

En segundo lugar, establece que todo aquel que proporcione suministro eléctrico es responsable del cumplimiento de los estándares de calidad de suministro (artículo 221). La calidad de suministro es el conjunto de parámetros físicos y técnicos que debe cumplir el producto electricidad (artículo 223).

En tercer lugar, la responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de suministro, siempre que opere en sincronismo con un sistema eléctrico, es exigible a cada propietario de las instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de la electricidad (artículo 224).

Enseguida, el Reglamento establece que los estándares de calidad de suministro obligatorios, son aquellos que define el Reglamento y las normas técnicas pertinentes (artículo 221). Así por ejemplo, durante doce meses, las interrupciones del suministro de duración superiores a tres minutos, incluidas las interrupciones programadas, no debe exceder en puntos de conexión a usuarios finales en baja tensión, de 22 interrupciones, que no excedan, en conjunto, de 20 horas (artículo 245, letra a)).

En quinto lugar, el Reglamento precisa que los parámetros físicos y técnicos de calidad son, entre otros, la tensión, la frecuencia y la disponibilidad (artículo 223).

También cabe notar que la calidad de suministro debe ser evaluada. La evaluación debe realizarse separadamente en los sistemas de generación, transporte y distribución (artículo 227).

Finalmente, los usuarios no pueden exigir calidades especiales de suministro por sobre los estándares que se establezcan en los precios fijados (artículo 229).

Además, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

Ambas disposiciones, se sostiene, consagran el principio de la intangibilidad de los contratos. Conforme a él, un contrato válidamente celebrado no puede ser afectado o modificado por una ley dictada con posterioridad a su celebración. Ello vulneraría la propiedad que tienen las partes sobre el marco regulatorio.

Nuestra doctrina ha interpretado, casi uniformemente, que el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las leyes (LER), dispone que la ley antigua rige al contrato, incluido sus efectos. Por lo mismo, dicha disposición no establece una regla de retroactividad sino un problema de supervivencia de la ley.

El artículo 22 dispone que los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento y están al abrigo de un cambio de legislación. Ello da seguridad a las transacciones. Si se dicta una nueva ley que los contratantes no han podido tener en vista al pactar, y le es aplicable, ello equivaldría a sustituir por una nueva convención aquella que las partes han celebrado.<sup>5</sup>

De acuerdo a lo anterior, una ley nunca puede tener efecto retroactivo respecto de los contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley antigua. Respecto de estos, las partes tienen derechos adquiridos.

## 2. La disidencia del Profesor López Santa María.<sup>6</sup>

El profesor López Santa María se ha mostrado crítico frente a la teoría de la intangibilidad de los contratos y de su fundamento en la noción de los derechos adquiridos ya reseñada. En efecto, este autor compatibiliza los artículos 12 y 22 de la LER para demostrar su tesis.

De sus argumentos, aquí cabe destacar dos.

En primer lugar, la doctrina de la intangibilidad se apoya en el artículo 22 de la LER. Sin embargo, el artículo 12 permite argumentar en sentido inverso, es decir, a favor de la modificación por el legislador de los contratos en curso, aun cuando éstos engendren derecho de dominio a favor de los acreedores. En efecto, según esta norma “todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley...” Lo anterior fluye de la distinción entre el derecho y sus facultades.

En segundo lugar, la nueva ley puede afectar el dominio si impone limitaciones derivadas de la función social de la propiedad.

<sup>5</sup> Véase Vodanovic, Antonio, Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General; T. I; Edit. Ediar Conosur, Santiago, 1990, p. 242.

<sup>6</sup> López Santa María, Jorge; Los contratos. Parte General. Edit. Jurídica, T. I, 2ª Edic., Santiago, 1998, p. 286 y ss.

No habría contradicción, entonces, con el precepto constitucional del N° 24 del artículo 19 de la CPR. Se ha distinguido entre la seguridad del actual ejercicio de su derecho, y el ejercicio futuro, que es eventual, pues la ley puede modificar la manera de usar y gozar de la propiedad y sus limitaciones en razón de la función social de ésta. En otras palabras, el propietario tiene meras expectativas de seguir en las condiciones de su ejercicio actual.

### 3. La tesis del profesor español Luis Diez Picazo.<sup>7</sup>

Una manera distinta de enfocar el problema, puede hacerse desde el contenido de la reglamentación contractual.

El profesor español Diez-Picazo entiende la reglamentación contractual sobre la base de los siguientes elementos:

#### a. El contenido del contrato.

El contenido del contrato consiste en una o varias reglas de conducta. El contrato tiene siempre un contenido reglamentario, un contenido preceptivo. El contenido del contrato es la formulación, la regla que establece o estatuye deberes y poderes.

Los contratantes, más que declarar una voluntad, se comprometen. El contrato aparece, por ello, como la previsión efectuada por los contratantes de la conducta que deben observar en sus relaciones recíprocas.

#### b. La pluralidad de fuentes de reglamentación contractual.

La forma tradicional de entender las reglas del contrato ha sido –agrega este autor– sobre la base de que las partes definan su contenido. La reglamentación contractual tiene su origen en la autonomía privada de las partes contratantes.

Sin embargo, ello no es del todo cierto. Por una parte, la capacidad de previsión de los contratantes no es delimitada. Alguien tiene que llenar las lagunas del contrato. Por otra parte, las partes no son iguales en un contrato. La sociedad debe proteger al más débil. Ello lo hace por normas que no emanan del contrato.

Lo anterior permite sostener que es necesaria una “integración del contrato”. Ello implica que existen elementos que imponen reglas independientes en su origen de la voluntad de las partes.

#### c. Los imperativos legales en el contenido de un contrato.

En una concepción clásica –continúa Diez-Picazo–, la ley tenía un carácter supletorio de la voluntad de las partes. Las normas imperativas tenían un carácter excepcional, de interpretación restrictiva.

Diez-Picazo, Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato; T. I, Edit. Civitas, Madrid 1996, 5ª Edic., p. 358 y ss.

Sin embargo, las normas legales que regulan los contratos, aun siendo dispositivas para las partes, no están dadas solo para el auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades. Al contrario, las normas legales explicitan la regulación normal de un contrato. Son un modelo de ordenación, que pondera adecuadamente los intereses en juego.

Los contratos tienen un contenido definido por el legislador e indisponibles para las partes. Los imperativos legales en la regulación de la relación contractual, se superponen a la voluntad de las partes. Las partes son libres para contratar o no contratar. Pero si contratan, el contenido de sus contratos, al menos en parte muy sustancial, está reglamentado por la ley.

Ello lleva a que el orden jerárquico de las fuentes de la reglamentación contractual sea el siguiente:

- i. Las normas legales de carácter imperativo para la regulación de relación jurídica prevista y creada por el contrato.
- ii. Las reglas derivadas de la autonomía privada de los contratantes.
- iii. Normas jurídicas de carácter supletorio en función de integración de las lagunas del contrato. Estas son las normas legales dispositivas, normas legales que emanan de la costumbre y la norma derivada de la buena fe contractual.

#### 4. Elementos para una revisión de la tesis tradicional sobre el artículo 22 de la LER.

Considerando los elementos anteriores, pueden darse los siguientes elementos para revisar nuestra manera tradicional de entender el artículo 22 de la LER.

##### a. El argumento del absurdo.

En primer lugar, la forma normal de entender el artículo 22, es decir, que la ley nueva no puede tocar los contratos celebrados, genera tres absurdos:

- i. Bastaría celebrar un contrato y quedar inmune a los cambios legales. Nuestro ordenamiento jurídico no tendría por centro del sistema la ley, ni siquiera la Constitución, sino el contrato.
- ii. Además, no tendrían sentido los contratos leyes, pues cabe preguntarse para qué garantiza el Estado expresamente una inmunidad legislativa, si eso lo pueden hacer siempre los particulares a través de un contrato común.
- iii. En fin, qué sentido tendría derogar las leyes o modificarlas, si por medio de un contrato se podría mantener vigente y aplicable la ley derogada o modificada, hasta que la voluntad de las partes –y no del legislador– lo decidiera.

##### b. No hay propiedad sobre normas.

En segundo lugar, la propiedad habilita a su titular para ejercer tres facultades. El uso, en cuya virtud su titular puede servirse del bien respectivo; el goce que le permite percibir los frutos

que este es susceptible de producir; y la disposición, que le permite hacer con el bien lo que parezca a su titular.

Sin embargo, tan amplia facultad tienen dos límites. Por una parte, los otros derechos. Es decir, aquellos distintos a la propiedad o aquella propiedad que no pertenece al mismo titular. Por la otra, está la ley. La propiedad no puede significar infringir el ordenamiento jurídico. El uso, goce y disposición de la propiedad no puede hacerse contra la ley. El propietario no puede usar, gozar y disponer si la ley no lo permite o si la ley lo prohíbe. Es la propia Constitución la que se encarga de señalar que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad que derivan de su función social, fundada en los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

La ley como límite de la propiedad se funda en las necesidades mismas del orden social. Si el ordenamiento jurídico es el que crea y reconoce el dominio, no puede su ejercicio ir contra la ley que la ampara ni menos apropiarse, para disponer, usar o gozar de ella.

c. Las normas imperativas y prohibitivas.

En tercer lugar, nuestro sistema de derecho civil distingue tradicionalmente tres tipos de leyes. En primer lugar, están las normas prohibitivas, que imponen un comportamiento negativo. En segundo lugar, están las leyes imperativas, que contienen la orden de observar un determinado comportamiento positivo. Finalmente, están las leyes permisivas, que facultan hacer o no hacer algo.

También la doctrina civilista distingue entre las normas dispositivas, las declarativas o supletivas y las imperativas o prohibitivas. Las leyes dispositivas constituyen normas que regulan los conflictos entre personas que no han contratado entre sí. Las declarativas, determinan las consecuencias de los actos jurídicos que las partes no han previsto. Las imperativas o prohibitivas, mandan o prohíben y obedecen a motivos de orden público.

Las normas imperativas tienen dos características relevantes. Por una parte, prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntades de las personas; las partes no pueden dejarlas sin efecto. Por otra parte, se entienden incorporadas a un contrato sin estipulación expresa.<sup>8</sup>

La colisión entre una regla contractual que emana de la autonomía de la voluntad y una norma imperativa, se resuelve en favor de la norma.

Las normas imperativas son especialmente relevantes en aquellas actividades económicas especialmente disciplinadas. Ellas se desarrollan bajo un marco jurídico establecido por la ley y la autoridad. Las partes no pueden invocar, por lo mismo, una regla contractual, para sustraerse a dicho conjunto normativo. La infracción a la norma genera sanciones administrativas.

8 Ducci Claro, Carlos; Derecho Civil. Parte General; 4ª Edic., Edit. Jurídica, Santiago 1995, p. 59 y ss.

## d. La inoponibilidad.

Las personas pueden celebrar todo tipo de contratos; pero los efectos de los mismos no pueden oponerlos a terceros.

El punto no deja de ser relevante cuando el tercero es la administración. Lo habitual es que ésta no sea consultada y manifieste opinión sobre un contrato.

Además, la autoridad establece un vínculo con un sujeto regulado, pero dicha relación no se proyecta a los actos que esta última realice con terceros. A estos no les afectan las relaciones de sujeción que tiene la empresa con la administración; pero a la administración tampoco le afecta lo que las empresas acuerden con ellos.

En otras palabras, la administración tiene un vínculo con las empresas, no con los terceros con quienes ella contrate. El vínculo de tutela de la administración no alcanza a la convención que una empresa realice. Ella puede o no contratar, y si contrata, puede definir las cláusulas del contrato libremente. En éstas deberá incorporar los elementos que el ordenamiento jurídico le exige. Pero goza en este ámbito, salvo dicho aspecto, de total autonomía.

Por lo mismo, una empresa no puede oponer a la administración contratos que pacte sin su intervención. La administración es para estos efectos un tercero absoluto, pues no tuvo participación en su generación ni puede ser tocada por los efectos de dichos actos.

## e. No se puede excepcionar singularmente una norma general.

Por otra parte, la administración no puede sustraer a nadie con un acto singular de la aplicación de una norma general. Es decir, una norma establecida para una pluralidad indeterminada de personas, no puede ser derogada para un caso particular. Ello afecta la igualdad ante la ley. Es lo que se denomina la inderogabilidad singular del acto general.<sup>9</sup>

Lo anterior tiene importancia respecto de las normas establecidas por los reglamentos. Estas no están hechas para un sujeto determinado. Son dictadas para regular la actividad de todo un sector. Por lo mismo, no afectan a un sujeto sino a todos quienes ejercen dicha actividad. No contiene, por tanto, normas particulares sino que generales. Los destinatarios de sus normas se encuentran definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta.

Ello determina que si la modificación se efectúa por la vía de una normativa con carácter impersonal y general, no puedan oponerse situaciones singulares e individuales.

De ahí que la dificultad que pudiese tener un sujeto con los terceros con quienes contrató, no puede justificar dejar sin efecto para ella, una norma que obliga a todos.

En otras palabras, los contratos que puede haber celebrado este sujeto son inoponibles para la administración no solo porque no participó en ellos, sino también porque el alegato de éste desconoce el carácter general de la norma. Supone sustraerla de la aplicación de una norma concebida en términos generales y abstractos.

9 García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón; Curso de Derecho Administrativo, T. I, 5ª Edic., Edic. Civitas, Madrid 1992, p. 218 y ss.

Para la administración ello significaría dispensar individualmente de la observancia del reglamento a una empresa en particular. Como órgano del Estado, la administración no puede incumplir, contradecir ni exceptuar singularmente, las normas que dictó para regir situaciones indeterminadas.

Sólo si el reglamento, es decir, la misma norma general, previó la posibilidad de disponerlo, la administración podrá hacerlo. De lo contrario, un acto singular que deroga un acto general, contraría la igualdad ante la ley.

### III. La energía eléctrica

Un segundo aspecto que interesa resaltar del fallo de las Cortes, radica en la manera en que entiende jurídicamente la energía eléctrica y su operatoria en un sistema eléctrico, para descartar que existan derechos adquiridos.

A este respecto la Corte utiliza dos argumentos:

En primer lugar, la Corte sostiene que la energía eléctrica es un bien fungible y no almacenable. Ello implica que sólo inyectan al sistema eléctrico aquellas generadoras que tienen la autorización del Centro de Despacho Económico de Carga (C. 2°).

En segundo lugar, la Corte sostiene que una empresa generadora no puede alegar que la calidad de suministro que establece el Reglamento le afecta contratos que tiene con sus clientes libres, puesto que no necesariamente la energía que ella produce es la que va a llegar a sus clientes, debido a la interconexión con que opera el sistema eléctrico. Todas las empresas, tanto de generación, como de transporte y de distribución, dan suministro, y por ende, la calidad de servicio es aplicable a todas las empresas, independientemente de si tienen o no la calidad de generador, transportista o distribuidora (C. 2°).

Dichos argumentos merecen comentarios separados.

#### *1. La energía eléctrica desde el punto de vista jurídico*

La energía eléctrica presenta dos características que la singularizan desde el punto de vista económico. En primer lugar, es un bien complementario a un sinnúmero de otros bienes producidos en diversas actividades. Es, en este sentido, un insumo en numerosas actividades productivas. Por la otra, es un producto no almacenable. Por lo mismo, si la energía eléctrica no se usa en el momento oportuno, se pierde. Esto último implica que su producción debe adaptarse instantáneamente a la demanda.

La energía desde el punto de vista del derecho, puede ser enfocada en una doble perspectiva. Por una parte, puede ser enfocada desde la teoría de los bienes y, por la otra, desde la teoría de las obligaciones.

##### a. La energía eléctrica desde el punto de vista de los bienes.

La energía eléctrica producida por una central generadora, transportada por líneas de alta tensión y distribuida a un usuario determinado, constituye un bien en el sentido jurídico de la palabra, pues admite la apropiabilidad.

La energía eléctrica, como bien, se caracteriza por lo siguiente:

i. Es un bien mueble.

La energía eléctrica considerada no como un estado latente de la naturaleza sino como un producto industrial, es una cosa mueble, susceptible de ser apropiada y transferida, pues puede ser transportada de un lugar a otro y puede ser percibida por los sentidos.

ii. Es un bien consumible.

La energía eléctrica, en la medida que desaparece por su empleo, es un bien consumible.

iii. Es un bien mueble consumible y fungible.

La energía eléctrica es un bien fungible, porque para el acreedor es indiferente si la energía es producida por su deudor o por otro distinto. Lo relevante para el usuario es que la energía le llegue y sea de igual calidad.

iv. Es un bien mueble consumible, fungible y futuro.

La energía eléctrica es un bien futuro en los contratos que celebran las empresas, pues no existe al momento en que se formaliza el acto respectivo. La empresa generadora produce la energía que vende al momento en que se lo ordena el CDEC.

b. La energía desde el punto de vista de las obligaciones.

El contrato que celebra una empresa generadora con una distribuidora o con un cliente libre, es un contrato de compraventa, en virtud del cual se obliga a entregar una cantidad determinada de energía eléctrica a un precio acordado. Mediante este contrato, la distribuidora o el cliente libre adquiere la provisión de una cosa mueble que, al momento de formalizar el contrato, se espera que exista.

Dicho contrato es, en primer lugar, un contrato de ejecución sucesiva, pues las obligaciones de las partes consisten en prestaciones periódicas o continuas.

El contrato que celebra la generadora con el distribuidor o el cliente libre es un contrato, en segundo lugar, bilateral y oneroso. Lo primero, porque ambas partes se obligan, una a entregar la energía, la otra a pagar un precio. Es oneroso, porque la venta de energía se hace a cambio de un precio libremente acordado.

Por su parte, la obligación que contrae el generador, es una obligación de dar, pues debe entregar un bien: la energía eléctrica.

Además, la obligación que produce el contrato entre la generadora y la distribuidora o el cliente libre, es una obligación de género, no de especie o cuerpo cierto. Por lo mismo, el deudor cumple satisfactoriamente su obligación, entregando a cualquier individuo del género propuesto, al menos de una calidad mediana.



## *2. La coordinación en el sistema eléctrico*

El segundo elemento que da el fallo respecto de la energía eléctrica, es su operatoria en un sistema eléctrico.

Al respecto cabe señalar que todos los productores de energía eléctrica, es decir, los generadores, entregan su energía a tres mercados principales: grandes clientes, empresas distribuidoras y al Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC).

Todos los generadores utilizan el sistema de transmisión para llegar al mercado consumidor, independientemente de la composición de su clientela. En otras palabras, los generadores inyectan energía a las redes de transmisión para llegar a sus clientes.

El momento y la cantidad en que realizan dicha inyección es determinada por el CDEC. En otras palabras, la producción de energía es separada de los compromisos comerciales que pueda tener cada empresa generadora mediante contratos previamente establecidos.

En efecto, cada empresa generadora integrante del CDEC debe estar en condiciones de satisfacer cada año su demanda de energía. Por eso, cada empresa debe presentar a la autoridad un balance de energía y potencia firme que demuestre que está en condiciones de asegurar el abastecimiento de la demanda de sus clientes.

Sin embargo, la operatoria del sistema debe hacerse al costo más bajo posible. De ahí que las centrales van inyectando su energía de acuerdo a los costos de producción. Es decir, comienza operando la que produce más barato.

Además, como el CDEC debe velar por la seguridad del sistema, es decir, porque cuadre exactamente la demanda de energía con la oferta de la misma, no siempre la obligación de suministro de una generadora se satisface con la energía que ella produce, pues es cubierta por la producción de otra. Lo anterior hace que se produzcan déficits de las empresas generadoras respecto a sus contratos de suministro. Ello da origen a transferencias de energía y potencia firme entre los que efectivamente produjeron, a cambio de un precio.

En otras palabras, el sistema eléctrico opera sobre la base que la demanda de energía debe ser cubierta por la suma de los aportes de energía de todas las centrales, no de cada una en particular.

## **IV. La potestad reglamentaria**

Otro aspecto que interesa resaltar del fallo, dice relación con el sentido y alcance que las Cortes dan a la expresión “respetando las normas legales que la regulan” cuando la Constitución consagra el derecho a desarrollar un actividad económica.

La Corte sostiene, por una parte, que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público (C. 4º). Por la otra, que toda la actividad económica de generación de energía convoca la actuación del poder público para su regulación. Y es por ello que el artículo 222 determina cuáles son los parámetros

que incluye la calidad de servicio y los cuestionados artículo 221 y 224 establecen la responsabilidad por el cumplimiento de dicha calidad de suministro (C. 5<sup>o</sup>).

Al respecto cabe señalar que en la relación ley-reglamento, la doctrina y la jurisprudencia se debaten entre dos posiciones claramente diferenciadas.

Una posición sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aun para ejecutar la ley. Cuando la Constitución entrega al legislador abordar una materia, excluye por ese solo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Es la posición que podemos denominar “reserva absoluta” de ley.

La otra posición sostiene que el reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley. Hay materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. En esos casos, puede convocar al reglamento, fijándole los parámetros de su intervención. En la Constitución no existe una reserva de ley sino que varias. Dependerá de la intensidad de la reserva el ámbito del reglamento. En todo caso, la ley sólo debe limitarse a establecer las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Es la posición que podemos denominar “reserva relativa” de ley.

Las Cortes se enmarcan en el caso que se comenta en la segunda tesis, pues reconocen la plena legitimidad de la potestad reglamentaria en la regulación de actividades económicas.

## V. Actividades especialmente disciplinadas

Un cuarto aspecto que es necesario resaltar del fallo de las Cortes, es la manera en que la Corte concibe el 19 N<sup>o</sup> 21 de la Constitución. Pero ya no en la relación ley-reglamento, sino en la especial regulación a que se encuentran sujetas ciertas actividades económicas.

En primer lugar, la Corte sostiene que Norgener es una empresa generadora de energía y, en tal sentido, ejerce una actividad regulada por ley D.F.L. N<sup>o</sup> 1 de 1982 y por los reglamentos de esa ley. En el conflicto planteado –agrega–, el derecho material a aplicar no es el Derecho Civil que liga a empresas y clientes, sino el Derecho Público que regula una actividad económica de generación, transporte y distribución de energía eléctrica (C. 2<sup>o</sup>).

En segundo lugar, la Corte señala que la actividad económica de generación es regulada por ley, concepto lato que engloba al reglamento. La actividad eléctrica, sea generación, transporte o distribución está sujeta a la fiscalización y reglamentarias por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, luego la actividad de Norgener contrariamente a la que sostiene la recurrente sí está regulada por la ley (C. 2<sup>o</sup>).

### 1. Los elementos de la libertad de empresa

La libertad de empresa comprende tres libertades.<sup>10</sup>

10 Asenjo, Oscar; La Constitución económica española; Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 154 y ss.

- a. En primer lugar, la libertad de inversión, que indica el derecho que posee el propietario de un capital, para colocarlo en el sector o industria que estime conveniente.
- b. En segundo lugar, la libertad de organización, es decir, la potestad para organizar el proceso de producción.
- c. Finalmente, la libertad de contratación, que supone la facultad del empresario para elegir el proveedor y cliente de sus mercancías y fijar, de común acuerdo, el precio de las transacciones. Otro tanto cabe decir, respecto a la contratación de la mano de obra y la fijación de los salarios y demás condiciones de trabajo.

## *2. Las tres intensidades de las regulaciones*

La doctrina distingue tres tipos de regulaciones.<sup>11</sup>

- a. En primer lugar, la regulación básica y general. Esta es aquella que constituye el marco imprescindible para desarrollar una actividad, sin la cual no puede desenvolverse con seguridad. Es común a todo tipo de actividad.
- b. En segundo lugar, se encuentra la regulación particular. Es aquella que recae sobre determinadas actividades que tienen una particular relevancia o trascendencia en la vida social. Afecta actividades especialmente disciplinadas y sometidas al poder público. No se limita a condicionar el ejercicio de la actividad, sino que configura internamente a ésta.
- c. Finalmente, está la regulación administrativa, de policía y buen gobierno, que tiene por propósito limitar el ejercicio de los derechos, para adecuar su actuación a los intereses públicos de carácter general.

Por lo anterior, si bien la expresión “respetando las normas legales que la regulen” puede estar referida a una reglamentación simple y de general aplicación, no se refiere a las normas legales tomadas en su generalidad, como sinónimo de ordenamiento jurídico positivo; se trata en cambio, del respeto a las normas específicas de una actividad determinada, o sea, aquellas que la regulen en particular.

Estas precisiones permiten diferenciar dos tipos o modalidades de actividad:

- a. Una es aquella “libre”, es decir, sometida únicamente a la regulación general.
- b. La otra, es la actividad económica “disciplinada”, aquella que por el carácter público del sujeto que interviene, por el particular modo de su gestión, o por la naturaleza de la industria, proceso productivo o producto asociados a ella, están sometidas a una regulación especial.

Entonces, si bien el marco regulatorio aplicable a cada actividad empresarial o económica puede ser coincidente en algunos aspectos, como por ejemplo en la forma de organización que deben adoptar las empresas conforme al derecho mercantil, tiene, sin embargo, un ámbito particular y diferente, asociado al tipo de actividad de que se trate, lo que se denomina regulación o legislación sectorial.

<sup>11</sup> División Jurídico-Legislativa, Minsegapres, Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Santiago 2000, p. 358.

Ahora bien, la especialidad de la regulación sectorial está necesariamente influida por la naturaleza de la actividad, proceso industrial o producto de que se trate, dada la imposición constitucional a los poderes públicos de velar y conciliar armónicamente los diferentes bienes jurídicos amparados por la Carta, así como el respeto irrestricto de los principios valóricos en que ésta se haya inspirada.

Es en este marco que cabe entender lo resuelto por las Cortes. La actividad eléctrica es especialmente disciplinada por afectar un insumo central del proceso productivo.

## VI. El servicio público sin “*publicatio*”

Un último aspecto a considerar del fallo de las Cortes, dice relación con la calificación de servicio público que establece respecto de las actividades de generación.

Al respecto, la Corte sostiene que es preciso dejar asentado, como premisa, que la generación, transporte y distribución de energía eléctrica es una actividad económica cuya característica es ser servicio público y como tal existen en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil (C. 4º).

### 1. *La forma tradicional de generar el servicio público*

Tradicionalmente, toda actividad de servicio público requería una declaración del legislador previa que reservara al Estado la actividad económica. Dicha declaración se conoce en la literatura jurídica como “*publicatio*”. Mediante ella, se traslada a la esfera pública la titularidad de una propiedad o su ejercicio o ambas cosas a la vez, y el Estado entrega a los privados su gestión, mediante una concesión.

Lo anterior condujo a una identificación del servicio público y la *publicatio*.

### 2. *La crisis de la publicatio*

El concepto de servicio público nació en Francia. Desde ahí irradió al resto del continente. Pero cabe anotar que un concepto semejante no se observa en el derecho alemán ni en el anglosajón.

En Francia, el concepto de servicio público es el resultado de la fructífera interacción entre doctrina y jurisprudencia. Dicha interacción permitió distinguir los caracteres esenciales del servicio público. Por una parte, el titular del servicio público es el Estado. Dicha titularidad proviene de una declaración de que una determinada actividad es servicio público. Por la otra, la administración puede transferir al sector privado la gestión de un servicio público, mediante concesión, licencia o permiso. Dicha transferencia de gestión o prestación es transitoria y vuelve al Estado una vez finalizado el período de la misma o, cuando la administración hace uso de la facultad de rescate. Durante dicho período, la administración conserva la facultad de modificar la prestación.

Sin embargo, dicha noción de servicio público entró en crisis, en primer lugar, en el momento en que la Administración, para satisfacer el “interés general”, comenzó a desarrollar actividades de naturaleza económica y sujetas al derecho privado. Con ello, la ecuación entre actividad administrativa de interés general, régimen administrativo especial exorbitante del común, y servicio público, entró en quiebra.

Fue lo sucedido en Francia con la extensión generalizada de la actividad empresarial del Estado y de su llamada “gestión privada”.

Hoy se habla de la segunda crisis del servicio público. Esta segunda crisis surge en aquellos servicios públicos sin “publicación” previa. En ellos, hay una actividad económica especialmente regulada. En ella, se imponen a los particulares que ejercen una actividad obligaciones denominadas de servicio público. En otras palabras, se reemplaza la publicatio por la “ordenatio”. En vez de que el Estado declara la titularidad pública de una actividad, se opta por regular una actividad privada intensamente por el interés público envuelto en ellas.

Con ello se asegura que la desaparición de la titularidad pública no lleve consigo una desatención de obligaciones que cubre un interés relevante envuelto. En otras palabras, el carácter privado de la actividad no impide que quede sujeta a una minuciosa reglamentación.

La “publicatio” es reemplazada por las obligaciones de servicio público.<sup>12</sup>

Eso es exactamente lo que la Corte señaló en el caso que se comenta: la actividad de generación es una actividad económica cuya característica es de servicio público; y como tal, se rige por normas de derecho público.

12 Sobre el punto, véase Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de Derecho Público Económico; Edit. Granada, 1999, p. 549 y ss.

# Comentario del fallo recaído en recurso de protección sobre efectos de reglamentación eléctrica sobreviniente a contratos de suministro de energía pactados con clientes no regulados

Blanca Palumbo Ossa  
*Abogado, Fiscal de GENER S.A.*

En recurso de protección deducido con ocasión de la dictación del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos (D.S. N° 327, de 1998) por una empresa de generación eléctrica, con fundamento en los efectos inconstitucionales de ese cuerpo reglamentario respecto de las garantías de la empresa derivadas de sus contratos vigentes y del entorno normativo en que éstos fueron celebrados, se ha fallado en contra del recurrente, esto es, declarando sin lugar el recurso.

Más allá del resultado mismo del recurso, es de interés analizar los principios y conceptos que respaldan la resolución de la Corte, especialmente porque ellos inciden en definiciones que afectan no solamente al campo energético, sino que pueden tener trascendencia a otras actividades económicas, en particular a aquellas que mediante procesos de privatización han sido –o serán– traspasadas del ámbito estatal al privado.

En efecto, decisiones que inciden en la definición de actividades de servicio público o de utilidad pública y en las ulteriores consecuencias de la definición adoptada; o que califican las relaciones entre las empresas privadas dedicadas a tales actividades y sus clientes, también privados, como actividades excluidas de la relación jurídica propia del derecho privado común, tienen un impacto notable sobre una gran gama de actividades empresariales que se han asumido, o se asumirán, por el sector privado bajo presupuestos que parecían claramente establecidos y entendidos.

Tales materias, definición de servicio público y exclusión del derecho privado común, son dos de los fundamentos esenciales de la decisión de la Corte en el caso que se reseña. Pero también habría consideraciones que formular en el orden del ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, al que la Corte ha dado una extensión que merece ser discutida.

*Posición de la empresa.* La empresa estimó que las disposiciones de los artículos 221 inciso 2° y 224 inciso 2° de dicho Reglamento constituían un atentado al legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales establecidos en los N°s 24, 22 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política, en cuanto le imponían la obligación de cumplir con ciertos parámetros de calidad de servicio que la ley sólo impone a los concesionarios de servicio público de distribución. Alegó la recurrente que ella se en-

contraba vinculada contractualmente sólo con clientes libres o no regulados con los que había pactado libremente los términos y condiciones de los respectivos contratos de suministro y que no tenía contrato alguno destinado a proveer de energía eléctrica a concesionarios de servicio público de distribución. Por lo anterior, señaló la recurrente, el Reglamento no puede imponerle la obligación de cumplir con determinados parámetros que la ley sólo exige a los concesionarios de distribución. En este aspecto, señaló la recurrente, el Reglamento es ilegal y arbitrario, puesto que le impone requisitos para el ejercicio de su actividad que la ley que reglamenta no contempla y que no existían a la fecha de celebración de sus contratos con clientes libres, porque la obligaba a entregar a tales clientes libres (no regulados) un producto con determinadas características no pactadas, afectando así a contratos vigentes y en pleno desarrollo, con consecuencias patrimoniales adversas para ella, por cuanto no podrá recuperar el mayor costo de producción en que debía incurrir pues sus contratos ya estaban celebrados y el precio fijado.

*Posición de la autoridad recurrida.* Por su parte, la autoridad recurrida informó el recurso haciendo notar que la normativa impugnada regulaba la actividad económica y de servicio público aplicable a todas las empresas de distribución o generación que suministren energía eléctrica, y que en el conflicto planteado el derecho material a aplicar no era el derecho civil que liga a empresas y clientes, sino el derecho público puesto que la actividad de generación de energía es una actividad regulada por la ley en un sentido lato, y que por operar la empresa en un sistema interconectado, no es posible distinguir entre la energía que ella suministra y la que suministran otros generadores, por lo que las normas de calidad de servicio serían razonables y no podrían ser calificadas de arbitrarias.

*Fundamentos del fallo denegatorio.* El fallo en comento basa su razonamiento principalmente en la premisa, no sustentada en la ley del rubro, de considerar que la generación de energía eléctrica es una actividad de servicio público y que, por lo tanto, pone en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil. Es más, llega a sostener que el derecho privado común queda excluido de esta relación jurídica.

Primera consideración crítica al fallo: La actividad de generación de energía eléctrica no es una actividad de servicio público, por disposición expresa de la Ley Eléctrica. (D.F.L. N° I de Minería de 1982)

Para determinar si una actividad es de servicio público o no, el sentenciador debe estar primeramente a lo que establece la legislación aplicable, no siendo procedente en tales aspectos concluir sobre la base de apreciaciones generales, menos cuando la materia en cuestión conlleva la imposición de nuevas y más gravosas obligaciones para quienes desarrollan una determinada actividad, en este caso, la actividad de generación o producción de energía eléctrica.

En materia de electricidad se distinguen, tanto en el campo teórico como en la legislación del rubro, diversos ámbitos de actividad: la generación o producción de electricidad, la transmisión o transporte de la misma, y la distribución de dicha energía a los lugares en que ella es requerida. Sólo esta última actividad es considerada por el legislador como una actividad de servicio público y es ejercida por “concesionarios de servicio público de distribución”.

*La actividad de generación eléctrica que desarrolla la recurrente es una actividad que no es de servicio público, según se establece expresamente en la ley del rubro. Así, el artículo 8° de la Ley Eléctrica establece*

*expresamente que* “No se considerarán de servicio público: los suministros efectuados desde instalaciones de generación y transporte”.

Otra demostración clara de que la actividad de generación eléctrica no es una actividad de servicio público está dada por el hecho que no requiere de concesión ni permiso alguno para ser ejercida (art. 3º, letra a); artículo 4º inciso cuarto de la Ley Eléctrica). Hay numerosos otros artículos dispersos en la Ley Eléctrica que demuestran que la actividad de generación no es propiamente de servicio público, entre los cuales destacan principalmente las disposiciones que establecen obligaciones respecto de otras áreas del negocio eléctrico que sí se consideran actividades de servicio público, como es el caso de la distribución domiciliaria de energía eléctrica.

Luego, es el legislador el que ha señalado que la actividad de generación eléctrica no es de servicio público, no estando facultado ni el órgano de la administración, ni el sentenciador para alterar dicha calificación.

El hecho que un bien o servicio sea importante para la población en general, o que pueda ser considerado básico, no lo transforma en servicio público. Así, por ejemplo, la producción de alimentos y de medicamentos, la prestación de servicios privados de salud, el ejercicio de la actividad periodística, la prestación de servicios de educación, son todas actividades relacionadas con bienes y servicios valiosos –o básicos– para la población, pero no son actividades que puedan considerarse como de servicio público y, mucho menos, actividades a las que pueda imponérseles administrativamente cualquier gravamen o carga, bajo la mera estimación, no cohonestada por la ley, de ser de servicio público.

Segunda consideración crítica al fallo: Exclusión de las normas del derecho privado común.

En concordancia con el erróneo supuesto de que se trata de una actividad de servicio público, el fallo concluye que la relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego, agrega, no son sujetos de ella los terceros que se pueden vincular con las empresas. Es por ello, concluye en este razonamiento, que la empresa generadora no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes.

La ambigüedad de este considerando hace pensar que, en efecto, ha habido una notoria incompreensión del sentenciador respecto de la naturaleza de la actividad económica cuyo amparo constitucional se solicitó. No parece estar claro en la concepción lógica de la sentencia que se trata de actividades empresariales ejercidas por privados y dirigidas a privados (o a entes públicos, pero en su condición de contratantes privados), que están actuando como clientes “libres” o contractuales, no sujetos a regulación. El contrato de prestación de servicios que esta empresa celebra con sus usuarios es, por lo tanto, el acto natural y propio a través del cual ejerce su actividad o giro. La falta de claridad en la distinción de esta característica, esencial al momento de determinar la legitimidad del Reglamento para esta clase de clientes o usuarios, ha sido al parecer fundamental para llevar a la sentencia a las conclusiones que estamos analizando.

Razonando a la inversa, es decir, exponiendo la inconsecuencia que significa que las relaciones jurídicas entre una empresa privada, que ejerce una actividad no concedida, y usuarios privados no regula-



dos, sean excluidas de la aplicación del derecho privado común y forzadas a una intervención de la autoridad administrativa, pone de manifiesto el error de apreciación de la sentencia que se comenta.

Tercera consideración crítica al fallo: La potestad reglamentaria está limitada por la ley y por los derechos legítimos de los particulares, máxime cuando la actividad que se reglamenta regulada no es de servicio público, ni compromete el orden público.

Después de lo expuesto en los párrafos anteriores, cabe preguntarse cuánto está la autoridad pública o el poder político habilitado para imponer deberes y obligaciones a los particulares.

Partiendo de la errónea premisa consistente en atribuir a la actividad de generación eléctrica el carácter de servicio público, la I. Corte colige que, consecuencialmente, en la especie estarían “en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil”; que “corresponde al Presidente de la República crear normas jurídicas a través de la potestad reglamentaria, que se ejerce discrecionalmente, es decir, cuando se crea conveniente” y que, “Conforme a lo expuesto *el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público*”.

Sin embargo, todas las consideraciones recién expuestas que en el fallo se dejan asentadas “como premisa”, no son más que una reiteración de normas y principios generales, enunciados de forma jurídicamente no muy precisa y carentes de contenido específico, puesto que parten de la premisa errónea de considerar como de servicio público a una actividad que no lo es por expresa disposición del legislador.

En efecto, si bien es indubitable que el Presidente de la República goza de potestad reglamentaria, es también indudable que en un Estado de Derecho tal potestad reglamentaria no puede ser ejercida sobre la base de la absoluta discrecionalidad. El Presidente de la República puede ejercer la potestad reglamentaria “cuando se crea conveniente” como señala el fallo, pero no puede ejercerla *como crea conveniente*, sino que con estricto apego a la legislación que reglamenta y con respeto a los derechos de los particulares afectados por la reglamentación. Así pues, no puede el Presidente de la República, so pretexto de regulación, imponer a los particulares, como ocurre en el caso en comentario, obligaciones que van más allá de las impuestas por la propia ley o que no fluyen de suyo de la naturaleza de las actividades que se regulan o que implican una modificación de las obligaciones pactadas en contratos celebrados por particulares al amparo de una normativa específica.

En este sentido, la recurrente sostuvo que el Reglamento, al imponer a las empresas generadoras y hacerlas responsables por una determinada calidad de suministro, que sólo es exigible a las concesionarias de servicio público de distribución de electricidad, ha afectado sus contratos, toda vez que la obliga a vender sus productos en condiciones distintas a las pactadas, violando su derecho de propiedad sobre los derechos personales que emanan de los contratos.

La Corte, basada en la errónea premisa mencionada precedentemente, sin un adecuado análisis de la legislación específica, declaró que la posición de la recurrente era inadmisibles por cuanto las leyes y reglamentos no podían ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y por cuanto la relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora.

No advirtió la I. Corte que en el caso no se trataba de que un particular pretendiera dejar sin efecto una ley o reglamento, sino, por el contrario, que era el reglamento el que, al excederse en sus disposiciones, dejaba sin efecto o violentaba derechos establecidos en la ley. Tampoco reparó la I. Corte que la producción de energía eléctrica a través de centrales generadoras como la de la recurrente es una actividad no sometida a concesión eléctrica, ni consideró que los suministros que tal empresa haga a clientes no concesionarios de distribución no están siquiera sometidos a fijación de precio ni sometidos a reglamentación alguna diversa de la establecida en los contratos, por lo que tanto el precio de la energía suministrada como la calidad del mismo son libremente pactados.

Por ello, es carente de contenido la afirmación del considerando cuarto, cuando, luego de calificar la generación de electricidad como una actividad de servicio público, y referirse a la potestad reglamentaria, se afirma que “Conforme a lo expuesto el *derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público*”

Poco agregan al correcto análisis de la materia por el sentenciador, otras consideraciones tales como la sexta, que establece que la actividad eléctrica está sujeta a la fiscalización y supervigilancia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. No se explica la relación que existe entre la circunstancia antes mencionada y la imposición de obligaciones y cargas a una empresa de generación eléctrica. Efectivamente, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles es el organismo encargado de velar por la aplicación de la Ley Eléctrica, estando investido de diversas facultades para cumplir su cometido. Sin embargo, ese hecho no transforma la generación eléctrica en una actividad de servicio público, ni tampoco habilita a la autoridad gubernativa para imponer gravámenes inconsultos e indiscriminados a la industria de generación eléctrica.

*Conclusiones.* La inveterada tendencia de la administración de extender sus facultades a ámbitos que le están vedados por la ley es, en materia pública, una de las causas de procedencia más evidentes y necesarias del ejercicio de acciones constitucionales contra la administración estatal. Su debida contención requiere esencialmente un estricto control de la legalidad de los actos de la administración, que si no se produce por la vía de la toma de razón, es de obligatoria enmienda por parte de los Tribunales de Justicia.

La correcta doctrina de actividades empresariales libres garantizadas constitucionalmente, puede verse desmedrada y, al cabo del tiempo, de repetirse en la jurisprudencia criterios ambiguos a ese respecto, y producir efectos irreparables en la confianza de los inversionistas y empresarios.